

## 智识互转:印证规范解析

陆而启\*

【摘要】我国刑事证明的印证模式突出表现了如下特点,系争内容由不同来源的证据提供同一性印证、证明程度排他性要求可能促成采用灵活性取证手段等。《办理死刑案件证据规定》之中有多处关于审查证据、采信证据和对全案事实认定的“印证”条款,这些条款体现了如下特点:需要印证的对象——主要针对证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等容易因为出庭而出现反复的证据形式以及间接证据;印证的目的——主要是解决庭审中翻证、翻供以及作证资格缺陷和利害关系人的证言效力问题;印证的条件错综复杂,而印证的效力有一种法定证据制度的痕迹,同时又因为其语言模糊而可能存在滥用裁量权的嫌疑。针对印证规定的限度,第一,需要把以量取胜和依靠主观真诚和正当程序为基础的以质取胜相结合;第二,需要把靠证据说话与辩论、说理和质证等形式的意见之相结合。

【关键词】印证模式;以量取胜;以质取胜;靠证据说话;意见之争

【中图分类号】D915.13

【文献标识码】A

【文章编号】1674-1226(2011)04-0401-14

**Knowledge to Wisdom or Wisdom to Knowledge: Analysis of the “Verification” Provisions.** Lu Erqi, Law School of Xiamen University, Xiamen 361005

【Abstract】The “verification” mode of proof in China’s criminal justice is characterized as followed: the issues in dispute are proved by direct evidences from different sources, and the exclusiveness of proof might bring about the flexible methods to collect evidences. In “the Regulations about Some Issues of Reviewing and Judging Evidence in Dealing with Death Penalty Case”, there are many “verification” provisions regarding evidence reviewing, admission of evidence and the fact decision. These provisions involve that: (1) the objects of verification are often such categories of evidences as witness’ testimony, victim’s statement, defendant’s statement and apologia, which are easy to be overturned in court, as well as indirect evidences; (2) the aims of verification are mainly to settle down the problems of overturning testimony and confession and the effectiveness of testimony by disqualified witnesses or parties having an interest; (3) the verification conditions are very complicated and the effects of verification have a trace of system of legally-regulated evidence. There is a suspicion of abuse of decision power under the vagueness of law. Against the limitation of “verification” provisions, we should combine the quantity of evidences with quality of evidences with honesty and due process, and combine the evidence presentation with quarrels of opinions.

【Key Words】Verification mode, Quantity of evidences, Quality of evidences, Evidence presentation; Quarrels of opinions

\* 陆而启,厦门大学副教授。

[基金项目] 教育部2009年人文社会科学研究青年项目“法官事实认定的心理学分析(批准号:09YJC820058)”。

2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《规定》)有11处使用“印证”的表述,这使得停留在经验层面的审查判断证据的方法和证明标准有了明文规范。规范创新需要理论跟进,本文试图针对上述规定展开理论分析。由于种种限制,下文的分析主要针对印证规则的明文规定展开。尽管本文是依托文本展开分析,但又表现出明显的脱离文本的意味。一方面,因为该司法解释文本虽然被冠以“死刑”字眼,但是规范条文中并没有多少死刑案件自身的特色而基本上可以通用于所有的案件,进而言之,因为死刑案件法律程序更为严格,其他普通案件照此办理当然更符合法律规定自不待言。另一方面,所谓的印证规则更主要是来源于司法工作者实践的一种无言之知,成文的规范往往更多是一种僵化的教条,所以其余的案件依照死刑案件的规定来办理,反而可能会是一种错误的放大。下文首先分析印证、案卷笔录确认程序和口供中心主义三个关键词在司法实践中的表现及其相互关联,概要介绍我国刑事证明所谓的印证模式具有内容同一性和形式外部性、证明程度排他性和取证手段灵活性等特点,然后简要分析了《规定》之中的“印证”条款的功能,主要用于审查证据、采信证据和对全案事实进行认定,上述规定体现了如下特点,需要印证的对象,主要针对证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等容易因为出庭而出现反复的证据形式以及间接证据。印证的目的,主要是解决庭审中翻证、翻供以及作证资格缺陷和利害关系人的证言效力。印证的条件错综复杂,而印证的效力有一种法定证据制度的痕迹,同时又因为其语言模糊而可能存在滥用裁量权的嫌疑。而这种印证规定的限度,第一,需要把以量取胜和以质取胜相结合;第二,需要把靠证据说话与意见之争相结合。

## 一、引言:三个关键词的展开

目前我国学者对刑事司法中被冠以隐蔽性和不正当性之“潜规则”的研究正风生水起,<sup>1</sup>其实这种对规范以法社会学路径为基础的研究,有强烈的实践面向,意图为回归法治和正当程序之正途的鼓呼添加筹码,但更多的还是一种对现象的主观臆测,并不具有太深的理论意义。一句话,所谓的潜规则研究恰恰是对提倡显规则或者正当规则的有益补强或者消极反抗,或者为呼吁设定一种对违反正当规则的后果机制的必要铺垫。例如,法官接受吃请是一种潜规则,我们指出这种潜规则正好补强了法官回避制度的正当性或者法官廉政建设的必要性。当然,如果仅仅是打擦边球,还不能认为是对正式制度的破坏,这种跟正当规则无关的所谓潜规则可能也只是一种人与人交往沟通的“非正常”渠道,可能属于也仅仅属于明星三陪、师生三角恋等的生活作风问题。在这种背景下,笔者提出法学研究中要有“关键词”意识,所谓的关键词主要是指我们在司法实践中司空见惯的现象,或者法学研究中屡次出现的语词,我们可以信手拈来并且可能成为一种司法实践的信条或者法学研究中的默会知识。当然,“关键词”或者因为犹抱琵琶的羞涩或者欲说还休的犹豫,或者因为想当然而缺乏正当性追问(并不一定就不正当)可能是说不清道不明的知识,也不排除可能会导致其在实践中剑走偏锋地化特殊为常态、化腐朽为神奇而成为一种司法实务人员绕不开的信念,这种信念亟待理论支撑或者矫枉过正。所以,这种关键词意识也就是一种问题意识。对关键词的研究,其突出特点同样是面向“实践中的法”,更主要的不是正式规则在实践中的走样异化,而是正式规则在实践中的具体样态。下面对可能影响印证规范的形成和落实的“印证证明模式”(龙宗智教授对这一经验问题首先做出理论概括)、“案件笔录确认

<sup>1</sup> 近年来有关“潜规则”的主要研究有,房保国:《刑事证据潜规则研究》,知识产权出版社2011年版;陈瑞华:《程序制裁性理论》第一章程序性违法的性质与成因,“七、刑事司法中的潜规则”,中国法制出版社2010年版,第49~65页;黄维智:《刑事司法中的潜规则与显规则》,中国检察出版社2007年版。美国哈佛大学学者德肖维茨1982年就概括了美国的“刑事司法游戏规则”,在其后的著作中还是多次提及,参见[美]德肖维茨:《致年轻律师的信》,单波译,法律出版社2009年版,第79~80页;[美]德肖维茨:《合理的怀疑——从辛普森案批判美国司法体系》,高忠义、侯荷婷译,法律出版社2010年版,第46页。可见,潜规则是一个老生常谈和经久不衰的话题。

程序”<sup>2</sup>以及“口供中心主义”等三个关键词进行概述及展开。

### (一)印证证明模式

“印证”这个词更突出地表现为一种口头标准,例如,公诉人在法庭上言之凿凿、不容置疑地声称被告人的犯罪事实有“……等证据相互印证,足以认定”,这常常对被告人有一种压服的铁板钉钉式的话语权威。进而言之,印证又是一种萦绕在办案人员心头的一种模糊态度,为了保证取得的同类证据的前后一致,办案人员对取证笔录前后比照,或者以某一份相对全面的笔录作为范本而复制出同类证据,或者为了形成不同种类的证据相互佐证,先入为主的办案人员会发生指供和诱供的现象,因为有笔录“范本”的存在,甚至随着时间推移,几年以后的侦查笔录中当事人的话语还仍然能前后一致。更有一个问题,就是侦查人员对一些犯罪手法归纳概括所用的语词,为了体现前后一致的“印证”,而在各种法律文书之间想当然地传递,同时也成了后续办案人员偷工减料或者照搬照抄的当然理由。我国学者龙宗智对我国刑事诉讼证明标准印证模式的应然要求和实然样态首先做了理论概括,其特点主要体现在两个方面。

(1)在应然层面,系争内容由不同来源的证据提供同一性印证。无论是大陆法系所采用的“内心确信”还是英美法系所采用的“排除合理怀疑”,这里的“信”和“疑”都是一种法官的自由心证。而所谓自由心证,是法官在作出有罪或无罪的判决时,一方面法官有对一个个孤立的证据、所有证据的证明力及证明程度或者相互矛盾的证据如何取舍有意志自由,另一方面要求达到内心确信的程 度,当然这仅仅是一种“相对的真实”或者“盖然确定性(moral certainty)”<sup>3</sup>。由此可见,只要事实判断者能够相信某一证据或某些证据提供的事实信息,就能据此定案。因此,孤证也可定案,但是口供补强规则被认为是自由心证的例外。而在我国,刑事司法广泛采用一种高标准、高难度的“相互印证”的证明模式,由于我国刑事诉讼中证据的证明力未受法定限制,个别证据的证明力判断以及证据的综合判断主要依靠法官根据案件的具体情况作出,因此,这种“印证证明模式”仍然属于自由心证体系。<sup>4</sup>这种印证模式以“孤证不能定案”、“一对一的案件难以定案”、“对印证的形式依赖”<sup>5</sup>甚至间接证据不能定案<sup>6</sup>等被普遍认可的司法原则为典型,证明的关键是获得相互支持(同一性甚至是唯一性)的其他证据(外部性而非内省性)。其同一性,主要指对案件的关键事实和主要情节有直接支持的不同证据,其外部性,主要指这些证据或者表现为不同来源的证据形式,如“人赃俱获”、“人证、物证俱在”;或者同一证据形式有未受影响的不同的来源渠道,如“一人供听、二人供信,三人供定”。

(2)在实然层面,证明程度排他性要求可能会促成采用灵活性取证手段。我国《刑事诉讼法》第162条规定的“犯罪事实清楚、证据确实充分”抽象性定罪标准必然要具体化为一种“高标准、低要求”的“印证模式”。其“高标准”在于,也许你能从某个或某些证据中建立自己的确信(即某一证据在事实裁判者心中留下了印象和影响而达到“内省性”),但只要这些证据缺乏“外部性”,即相互印证程度不高,你就不敢或者不愿下判。<sup>7</sup>因为一方面注重客观事实(一般人凭借一般经验事实所认可)而非司法人员的内心主观认知,另一方面追求全案得出结论惟一的排他性。由此引发的在证明标准上对绝对确定性的过分追求。其“低要求”在于,正如龙宗智指出,高度盖然性的证明标准实际上是与强调保护刑事诉

<sup>2</sup> 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006年第4期;陈瑞华:《侦查案卷裁判主义——对中国刑事二审程序的重新考察》,《政法论坛》2007年第5期。

<sup>3</sup> 郑旭:《论盖然确定性》,载卞建林主编:《诉讼法学研究》(第16卷),中国检察出版社2010年版。

<sup>4</sup> 龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,《法学研究》2004年第2期。龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第199~200页。

<sup>5</sup> 谢小剑:《我国刑事诉讼相互印证的证明模式》,《现代法学》2004年第6期。

<sup>6</sup> 阮堂辉:《“证据锁链”的困境及其出路破解——论间接证据在我国刑事诉讼中的独立定案功能》,《中国刑事法杂志》2006年第4期。

<sup>7</sup> 前引4,龙宗智书,第199~200页。

讼当事人的程序公正理论相适应的,而客观真实的证明标准则是追求犯罪控制效率的必罚主义的代名词,为实现印证目的,容易导致采用一些灵活的违反法律取证手段,中国刑事司法中的违法行为在一定程度上是由“印证”证明制度“逼”出来的。<sup>8</sup>可见,对于一些间接证据、实物证据或者证人证言等证据的最佳印证资源就是犯罪嫌疑人、被告人的口供,这在我国的反贪案件的侦查以及一些命案的侦查中表现尤为突出,往往以逼取犯罪嫌疑人的口供作为案件告破、立案以及采取后续的拘留、逮捕强制措施的关键依据。这里印证模式表现出一高一低悖论要求,其实体现了在司法实践中,较于对证据能力的关注,司法工作人员对证明力的关注占据着压倒性的优势地位,也即折射出司法实践人员对真相的追求超乎于程序正义甚至人权保障的追求。从极端的角度而言,只要没有出现“真凶归案”和“亡者归来”等“冤案”得以偶然发现的情况,<sup>9</sup>司法人员会以“铁案”(事实搞对了,或者自认为事实搞对了)来“一白遮百丑”。

## (二)案件笔录确认程序

我国的刑事庭审程序很大程度上就是一个案件笔录确认程序。根据对司法权力结构的科层理想型和协作理想型分类,协作制程序更偏好口头交流和当庭证供,因为官员的临时性的外行性而无需机构记忆的延续,外行官僚无法根据冷冰冰的卷宗来作出决策,此外,协作型系统中还缺乏一个专门负责制作、保管和检索文件的小官僚阶层。<sup>10</sup>而科层理想型的审理方式因为其官员职能上的专业分工和等级制而采用分段的递进式程序、分层的上级全面常规审查模式、文件累积式的渐进式审判和排他性的官方程序。我国庭审活动偏重书面证据更甚于口头证据,这与科层制司法权力组织靠书面卷宗作为程序衔接机制来整合分段、分层、递进和渐进的程序,作为决策和复核的根据来累积证据信息、保存复审对象以及作为事实和经验抽象的方法来运用三段论逻辑法条而更倚重卷宗管理的操作习惯相一致。<sup>11</sup>更为突出的是,在我国流水作业型诉讼程序下,公检法作为整体司法机关“三道工序”接续性地、排他性地“取证”,基本上保证在审判阶段之前所有的取证活动基本结束。再者,没有威逼(惩罚机制)利诱(损失补偿)的制度机制以及存在着传统文化中的心理抵触因素导致证人出庭率低,反倒是靠出具书面证言,会更少情绪抵触,也能高效地解决问题,“法庭有迷信证言笔录的心理或者以证人出庭为确认笔录的方法”。<sup>12</sup>因此在案证据的相互印证成为审查判断证据和处理案件的法宝。

## (三)口供中心主义

不同国家和不同时期对于口供作为证据的态度与特定时期的程序制度和诉讼文化紧密相关。1215年英诺森三世禁止神明裁判,由此,欧陆与英国分道扬镳,欧陆国家走上纠问式诉讼和专家审判的道路,英国则走上了对抗式的陪审团外行审判的道路。<sup>13</sup>大陆法系从教会法院向世俗法院传播的纠问制诉讼以口供作为法定证据制度下的首要印证资源而普遍采用刑讯逼供,自证有罪很快便被当作

<sup>8</sup> 前引4,龙宗智书,第202页。

<sup>9</sup> 博卡(Adolf Beck, William Habron & Oscar Slater)调查了62名美国人和3个英国案例,20世纪早期被告被不当定罪。29个(占45%)案件中被告犯有谋杀罪,还有23个(占35%)被告犯有抢劫罪和盗窃罪。通过以下方式确定被告无罪:1.发现被谋杀的被害人仍活着;2.真正的凶手被抓;3.发现“证明”被告无罪的其他新证据。一共有13个案件(占20%)被最终证明无罪。转引自吉斯力·H·古德琼斯(Gisli H. Gudjonsson):《审讯与供述心理学手册》,乐国安、李安等译,中国轻工业出版社2008年版,第145页。这与在余祥林冤案发现时笔者观察中国所概括的冤案发现的两个途径极其相似。一个不太准确的结论,就是冤案的发现途径并非中外有别。

<sup>10</sup> [美]达马斯卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第92页。

<sup>11</sup> 同上,第76~77页。

<sup>12</sup> 陆而启:《叶公好龙:刑事证人出庭的一个寓言》,《证据科学》2008年第1期。

<sup>13</sup> 陆而启:《权力与真相:以审判模式的演进为主线》,《中国石油大学学报》(社会科学版)2010年第6期。



完美无瑕的有罪保证。<sup>14</sup>与之不同,在英国因为担心被告人为求生存而说谎,以至于出卖灵魂,拒绝被告人提供宣誓证言,一度有人主张被告拥有保持沉默的权利,并且拒绝通过暴力探知真相。<sup>15</sup>欧洲大陆从中世纪纠问制下毫无限制经历法国大革命后赋予刑事被告人道待遇而有所限制;相反,在英国,对自白能否为证据,则从最初出于避免被告人撒谎而未赋予其自行作证地位的严格限制发展到现代在被告获得充分防御权利基础上有所放松。换句话说,在法定证据制度下,口供作为最容易获得的也是最佳的印证资源常常会造成刑讯逼供,而在现代自由心证下,口供反倒要通过其他证据来印证才能作为有罪认定的根据。由此可见,印证制度到底是以口供为起点或者终点反映对被告人程序地位的不同态度。

遍览我国《刑事诉讼法》,可以找到宣读未到庭的证人证言、被害人陈述、鉴定意见的规定,就是找不到宣读审判前口供的相关规定,这并不是宣告了审判前的“零价值”,而是基于强势的职权特征,审判时被制度化要求在场的被告,作为公诉人的“控方证人”在接受讯问时有如实供述的义务,加之“抗拒从严”的法律后果机制,使得被告人的供述延续了侦查审讯的磁场效应,<sup>16</sup>能保证口供审判前和审判中的前后一致而集中体现了印证法则。当然,如果出现被告人翻供的意外情况,检察官首先通过政策攻心或者随时宣读“审判前供述笔录”来瓦解其心理防线;法官则一边对被告人的辩解置若罔闻,一边又迫不及待地加入到检察官的心理攻势活动之中;当然,辩护律师本身参与率就比较低(这是人所共知的事实),即使参与,尤其是通过指定而参与的律师也很难有愿意为被告人挺身而出得罪司法机关的,这样使得审判沦为一种确认审前笔录的程序。由于印证体现出一种相互性,诉讼程序关注焦点如果主要集中于审判前口供和审判中的供述是否一致,明显带有“以供逼供”的自证其罪的以口供为中心的纠问色彩,如果把这种“印证”再上升为规范,刑讯逼供有可能借助与法定证据制度的联姻而借尸还魂。

总体而言,我国刑事诉讼中印证是以口供为中心突出在卷的审判前笔录之间的前后一致,并常常要求庭审中动态的直接言词最终与审判前的已经转化为“白纸黑字”的静态的笔录一致。

## 二、印证规范的内容和特点

就如同“心证”所具有的扫除心中疑团而达到醒悟境地的禅定意味一样,“印”其实不是一种表象的互为证明,而是用终极根据来鉴别(如用“三法印”来鉴别说法的对错)。司法实践中的“印证”更多的是一种办案人员内心所持的信念,而把这种“印证”信念固定为规范其实带有一种从现象中总结提取规律的“转识成智”<sup>17</sup>的意味,把从属于识的具有个别性和局限性的内在心识与外在对象上升为普遍性的绝对真理,把有分别的具体认识转化为超分别的直觉体悟。正如冯契所言:“人的认识活动是从无意识到有意识,从无知到知和由知识到智慧的辩证发展过程。人本属于自然界,无所谓天人、主客、能所的区别,从无知到知,就有了这些区别和对立;而由知识到智慧,就要求达到天人合一的境界,即‘天地与我并生,万物与我为一’的境界,这仿佛是向出发点的回归。”<sup>18</sup>因此,从表象来看,印证规范的形成是一种把个别经验上升为普遍规范的“转识成智”的规范成文化过程。然而,究其实,印证规范与这种对真理的整体把握的转识成智过程又有着本质的差异,甚至完全是一个相反“转智成识”的过程。从规范

<sup>14</sup> 参见[英]萨德卡特·卡德里:《审判的历史:从苏格拉底到辛普森》,吴懿婷译,商周出版社2007年版,第61页。

<sup>15</sup> 同上,第92~93页。

<sup>16</sup> [日]浜田寿美男:《自白的心理学》,片成男译,中国轻工业出版社2006年版,第155~160页。

<sup>17</sup> 唯识学的成佛途径就是克服因为不离自我的世间之“识”所具有的有局限的“所知障”和有染污的“烦恼障”在认识上去假得真和在实践上舍染归净的转识成智;转舍世俗的心识,成就超越的智慧。实现转识成智必须具有大乘之“本性住种性”和“习所成种性”两种种性,方能渐次悟入唯识。魏德东:《论佛教唯识学的转识成智》,《世界宗教研究》1998年4期。

<sup>18</sup> 《冯契文集》第1卷:《认识世界和认识自己》,华东师范大学出版社1996年6月第1版,第418~419页。转引自魏德东:《论佛教唯识学的转识成智》,《世界宗教研究》1998年4期。

形成的层面上看,印证规范恰恰忽视了人的主体理性和主观能动性,把具体的经验或者个别经验凝固为规范而最终只停留在“识”的层面,忽视了无法言明的证明标准既是事实认定的出发点也是其归宿的循环递升,是经验之识与先验之智的辩证统一,这也是通过严格法律规范来意图排斥人的作用的法治理想的通病。

### (一)印证规范的内容

在《规定》中有关“印证”条款的规定主要体现了以下三个方面。

首先,印证作为“证据的分类审查”的内容。审查判断证据就是对收集的证据进行分析、研究和鉴别,找出它们与案件事实之间的客观联系,分析证据的证据能力和证明力,从而对案件事实作出正确的认定。<sup>19</sup>对单个证据的审查,概括地讲,可以分为证据能力的审查和证明力审查,前者更侧重于证据的实体来源和收集程序;而后者除了考察其与案件事实的关联性之外,更侧重于通过“别处”的其他证据来印证其真实性,来确定其证明力。在《规定》中主要有三个具体项:(1)证人证言之间以及与其他证据之间能否相互印证,有无矛盾(第11条第5项),对被害人陈述的审查适用关于证人证言的有关规定(第17条);(2)被告人的供述和辩解与同案犯的供述和辩解以及其他证据能否相互印证,有无矛盾(第18条第1款第7项);(3)勘验、检查笔录中记载的情况与被告人供述、被害人陈述、鉴定意见等其他证据能否印证,有无矛盾(第25条第4项)。这里的印证主要是指其作为一种法庭审查程序的主要内容,更多地还是一种程序机制。这里存在着对补强证据规则的理解问题。赵信会分析认为,将补强证据规则作为证据能力规则,“在缺乏补强证据的情况下,主要证据即不具有证据资格,补强证据需要证明的对象就是证明主要证据的真实性,补强证据对案件的证明程度也不以能够证明案件事实为目标,只要能够证明主要证据的真实性、客观性,其任务即告完成。在证据调查顺序上,正是因为补强证据决定主要证据的资格,为此必须首先对补强证据进行调查。”<sup>20</sup>按照补强规则是证明力规则的理解,如果补强证据是对案件主要事实的证明,则主要证据的价值无从体现;如果采实质说的观点,以补强证据证明主要证据的真实性,则必须注意的是,真实性和关联性均是影响证据证明能力的因素,而不是属于证据证明力的范畴。如果在补强程度上采绝对说,即要求补强证据能够独立证明案件事实,则主证据的价值实际上是被否认无疑;如果采相对说,即补强证据与主要证据结合在一起可以证明案件事实即可,则如何在主要证据和其他补强证据之间进行证明力的衡量与分配又是一个难以解决的问题,并直接影响对自由心证进行约束的目的。<sup>21</sup>其实,这正说明了下面将要进一步论证的证明力和证据能力互为前提而两类规则相互关联和转化的观点。此外,还有如下规定:(1)鉴定意见与其他证据之间是否有矛盾,鉴定意见与检验笔录及相关照片是否有矛盾(第23条);(2)对视听资料,应当结合案件其他证据,审查其真实性和关联性(第27条);(3)对电子证据,应当结合案件其他证据,审查其真实性和关联性。(第29条)。虽然这些条文没有用印证的字眼,但是其实质也是一种审查判断证据的印证规范。

其次,印证作为证据采信的条件。无论在欧陆还是英美,法官的自由心证之前提是证据具备证据能力(或称“证据资格”),即只有确定具有证据能力的证据才能进入法官自由心证的范围,不具备证据能力的如传闻证据应当排除在心证之外。<sup>22</sup>一般而言,根据证据的有无印证而可采或者不可采,这是上面所述的证据审查的一种后果机制。这些向外部寻求证明的规定,可以看做是以印证作为一种排除矛盾或者证据缺陷、利益因素的特殊手段。《规定》中有六项具体规定。(1)证人在法庭上的证言与其庭前证言相互矛盾,如果证人当庭能够对其翻证作出合理解释,并有相关证据印证的,应当采信庭审证言(第15条第2款)。(2)未出庭作证证人的书面证言出现矛盾,不能排除矛盾且无证据印证的,不能作为定案的根据(第15条第3款)。可见,我国的传闻证据排除侧重于保障其真实价值,而非对质和交叉

<sup>19</sup> 樊崇义主编:《证据法学》(第3版),法律出版社2003年版,第319页。

<sup>20</sup> 赵信会:《英美证据评价制度的定位》,《法律科学》2010年第2期。

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 林钰雄:《严格证明与刑事责任》,法律出版社2008年版,第89页。

询问等程序意义上的价值。甚至,有学者针对我国“案卷笔录中心主义”的积习难改,提出了一种庭审阶段证人不出庭陈述情形下的“法官庭外询问证人程序”。基于对法官中立地位的信任,结合我国《刑事诉讼法》第158条规定的合议庭庭外对证据的调查核实权从勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结等手段增加到不涉及人身权的“询问庭外证人”手段。根据我国台湾“刑事诉讼法”第159条之一的规定,“被告以外之人于审判外向法官所为之陈述,得为证据”,简言之确立“法官优位”——即允许庭审之外程序或其他审判程序中法官询问证人所形成的笔录作为证据。<sup>23</sup>法官在庭外直接向证人调查所获得的书面证言具有“可信性的情况保障”而具有更高的证明力。当然,被害人陈述认定的规定同证人证言的认定。(3)被告人庭前供述一致,庭审中翻供,但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾,而庭前供述与其他证据能够相互印证的,可以采信被告人庭前供述(第22条第2款)。(4)被告人庭前供述和辩解出现反复,但庭审中供认的,且庭审中的供述与其他证据能够印证的,可以采信庭审中的供述(第22条第3款前半部)。(5)被告人庭前供述和辩解出现反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不能采信庭前供述(第22条第3款后半部)。(6)对于有下列情形之一的证据应当慎重使用,有其他证据印证的,可以采信:①生理上、精神上有缺陷的被害人、证人和被告人,在对案件事实的认知和表达上存在一定困难,但尚未丧失正确认知、正确表达能力而作的陈述、证言和供述;②与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该被告人有利的证言,或者与被告人有利害关系冲突的证人所作的对该被告人不利的证言(第36条)。由此可见,不管是庭前供述还是庭审供述,虽然可能存在庭前供述本身是否一致以及庭前和庭审两阶段供述是否一致的问题,但是,到底何者可采往往是由“其他证据”的印证所决定。

最后,印证作为案件处理的根据。证据之间之所以可能“印证”,更多的是要求其内容的一致性。如果从案件处理来看,印证要求综合审查所有在案信息以及各种反对和质疑意见甚至各种主观臆测。然而,这样印证几乎就是一个没有限度的过高标准的要求,在实践中办案机关往往过多侧重于研究先前的证据,并有意无意地向最初的设想靠拢。不过,现实中对印证更多的关注主要集中在某些关键情节上。《规定》中有两项要求:(1)据以定案的间接证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问(第33条第1款第2项);(2)根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定有罪(第34条)。

## (二)印证规范的特点

第一,需要印证的对象,主要针对证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等容易因为出庭而出现反复的证据形式以及间接证据。就证据的法定种类而言,需要印证“证人证言、被告人供述和辩解”,很显然针对于固定在卷的笔录容易出现反复或者人为控制的情形,体现了“以卷宗为主,以庭审为辅”的我国刑事司法的特质。“印证证明模式”追求证据间的“一致性”和“充足性”,法官必须结合各种书证、物证甚至庭前证言等进行综合判断,在确信各种证据相互印证的前提下才能得出判断,而证人当庭陈述虽然具有“直接性”和“言词性”,但是并不一定比实物证据甚至是庭前证言(在英美法系作为传闻证据的一种)具有更高的证明力。如果出现了证人当庭证言与控方的庭前证言不一致的情况,一个由庞大证明体系支撑的庭前证言较证人当庭证言更可能被采纳,这也与我国法庭审判更注重对庭前证据的确定或否认功能,而非对事实的再生、塑造功能相契合。这在一定程度上因为,我国侦查、起诉阶段的取证机制和审判阶段的查证机制如出一辙,基本能保证真实的侦查、起诉的取证效果与审判查证效果上具有相当性。如果进一步结合间接证据需要印证的规定来看,这也从一定程度上反映了我国刑事司法事实认定的综合性要求和“整体论”模式。<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 前引4,龙宗智书,第157页。

<sup>24</sup> 关于证据评价的原子模式与整体模式,参见[美]达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版。



第二,印证的目的主要是解决庭审中翻证、翻供以及作证资格缺陷和利害关系人的证言效力。在《规定》出台之前,“印证”虽然不是法律明确规定的,但是在实践中几乎是一个针对所有案件的事实认定标准,但是,在《规定》之中,以印证方式来解决具体证据的可采性问题相对于案件的处理反倒具有了压倒性重要地位。相互印证的司法证明方式,要求警方必须尽可能地收集较多的证据,而且必须收集直接证据。相较于目击证人证言,口供更能直接、全面地反应案件事实的这一特性决定了,在我国的司法实践中,口供处于印证证明的中心地位。就是说,实践中这种模式特别“突出被告人口供作为印证机制的中心”。<sup>25</sup>因此,检察官和法官与辩护律师对待“人证”调查会有不同态度,尤其是“口供”的易变性既可能是辩护律师翻案的本钱,也可能是使其身陷囹圄的诱饵;还可能使得检察官的指控举棋不定和法官的裁判犹豫不决。

第三,印证的条件错综复杂。印证有对单个证据效力进行确定的情形,也有对证据综合审查并确定有罪的情形。而口供(主要是审判前供述)则既存在对单个证据效力的审查,也是最终确定案件事实的核心内容,成为印证规范的重头戏。再回头看《规定》第22条,“对被告人供述和辩解的审查,应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人本人的全部供述和辩解进行。”“被告人庭前供述一致,庭审中翻供,但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾,而庭前供述与其他证据能够相互印证的,可以采信被告人庭前供述。”“被告人庭前供述和辩解出现反复,但庭审中供认的,且庭审中的供述与其他证据能够印证的,可以采信庭审中的供述;被告人庭前供述和辩解出现反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不能采信庭前供述。”仅从该规定条款中的“但”、“或”、“而”、“且”等语词对并列要素的规定来看,印证对案件处理或者证据采信要受制于庭前供述的稳定性、所提供信息内容的独特性(例如第34条)等,各个要素孰轻孰重如何判定复杂困难,而多个要素的并列往往属于特例,在列举之外的情形如何处置又让人举棋不定。例如,庭前供述反复,庭审翻供,但是有其他证据与庭前供述(当然指认罪部分内容)印证的,是否采纳庭前供述。总体而言,这种法条只能是一种书斋中的想象,法官根本不会考虑适用这种把特例当成一般的法条问题。

第四,印证的效力有一种法定证据制度的痕迹,同时又因为其语言模糊而可能存在滥用裁量权的嫌疑。人类历史上取代神示证据制度而产生的法定证据制度,对限制法官个人专断起到了一定的作用,但是它的证据规则体现了一种形而上学的不科学性。这个时期的刑事审判有这样一些基本原则:(1)两个目击犯罪现场的证人证言证明被告人罪行才可定案;(2)法院根据被告人自愿供述的罪行定案;(3)法官不得直接依据情况证据定案。基于目击证人有时难以找到的现实,被告人的自白作为最有价值和最完善的证据(即证据之王)左右着案件判决和被告人自己的命运。《规定》中有许多关于“采信”、“定案”甚至“认定有罪”的说法,这些说法理应含义有别,意图给我们一个确切地判断和运用证据的形式方法,当然,确定的表述如“定案”也仍然可能传达了模糊的意思,“定案”说明了证据的价值但是并不能确切得出有罪或者无罪的结论,也即定案既可能是定有罪,也可能是定无罪。例如,矛盾不能排除也可以作为无罪“定案”的根据。更为重要的是,《规定》中诸如此类的“定案”规定,在指导法官运用具体证据认定案件事实的同时,也可能“逆流而上”塑造了侦查起诉机关对证据的收集和判断活动。虽然有突出地为抑制“刑讯逼供”这一突出问题的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》同步出台,但是,这种“印证规范”所要求的“前后一致”成为一种首尾一贯的定案压力,更迫使侦查机关有“顶风作案”的可能。

### 三、印证规范的限度及其补救

这种“转智成识”的规范又以一种教条的信仰要求司法者排除主观的经验能动,以法律标准来检验证据,并在证据符合法律标准时“自动售货机式”地形成裁决结论,这种让司法依据法定的标准来判断证据的证明力和案件事实的活动,相应地要求司法活动僵化为“转智成识”。在司法层面,印证规范

<sup>25</sup> 谢小剑:《我国刑事诉讼相互印证的证明模式》,《现代法学》2004年第6期。



通过证据之间相互印证的分量来明确单个证据是否可采和整个案件事实能否定案,带有鲜明的法定证据制度的痕迹,从而把法官的思维逻辑和理性信念还原为依据法律规定的“形式真实”标准被动、机械地进行证据的证明力计算和案件事实认定,甚至会促成法官为满足形式真实而不择手段。然而,印证规范所要求的依据证据内容相互之间一致或者矛盾的数学运算完全抢过了证据形成过程和庭审中证据信息控制机制的风头,因此,为了改变这种印证规范的落实,在司法实践中“形式化”为倚重于被告人口供之上的案卷笔录确认程序,要依靠合法的审判前取证程序和公正的庭审抗辩程序来保证所谓的印证规则而不至于回归法定证据制度,翻版刑讯逼供。这又需要司法实践活动对法官理性和当事人主体性的尊重,注意合理能动的证明力判断与刚性的取证程序、公平的对质辩论程序相统一,真正回归为转识成智,换句话说,就是以具备证据能力和经过质证程序的证据裁判主义为前提,承认以裁决主体意志自由和心证程度到达内心确信为核心内容的自由心证主义作为证据法基本原则。例如,我国台湾“刑事诉讼法”第155条规定,“证据之证明力,由法院本于确信自由判断。但不得违背经验法则及论理法则。”“无证据能力、未经合法调查之证据,不得作为判断之依据。”这种对证据证明力做出灵活判断的要求,在《规定》之中也有所体现:(1)根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论(证据确实、充分的要求之一,第5条);(2)证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外(第12条第3款);(3)被告人的辩解内容是否符合案情和常理,有无矛盾(第18条第1款第6项);(4)运用间接证据进行的推理符合逻辑和经验判断(间接证据定案条件之一,第33条)。把经验判断纳入证据规则其实是给印证规则安装了一个获得生命的呼吸器官,但是这样零散的寥寥数条规定,既不能破除形而上学的教条僵化,又可能导致法官恣意妄为。因此,另辟蹊径地从证据能力属性或者证据信息输入的控制方面着手更能保证对事实认定的可接受性。

### (一)以量取胜与以质取胜相结合

总体而言,规定的“印证”大体上有两个根据,一是旧证据,突出体现在对在卷证据的确认之中;二是新证据,突出体现在对新证据的调查活动之中,这两个印证根据其实还停留在“以量取胜”的阶段。然而,不管是对证据可采性的判断还是对案件整体事实的认定都必须建立在被告人、证人主观真诚基础上而以质取胜。因为没有宣誓作证制度,而内心真诚必须要转化为一种外在的形式,以被告人、证人对其笔录盖印作保证。被告人签字画押,更多的说法是“盖印”——也就是用右手拇指第一节在每一页上修改的地方、一些重要的数字、情节或者自己的姓名、自己对笔录表态的字迹(“以上笔录我看过一致,或者与我所说的一致/没错”),以及各页相连的骑缝处摁下指印。这个程序确实至关重要,往往是寻求另一种认可。《规定》有多处条文体现:(1)没有经证人核对确认并签名(盖章)、捺指印的书面证言,不能作为定案的根据;(2)讯问笔录没有经被告人核对确认并签名(盖章)、捺指印的,不能作为定案的根据;(3)鉴定文书缺少签名、盖章的,不能作为定案的根据。“中国历史上对于被告之自白,有一最大之特征,即由于重视亲供或首实,而演为刑讯之法令制度化。此亦可称为自白法则,而亦有其多种之演变。”<sup>26</sup>有的被告人后来一再强调,自己被刑讯逼供,遇到这种情况,被告人一般都很难缠,不好对付,易导致案件判决难产。法官(或者检察官)通常有两种反应,一是你有什么证据。这也是同步出台的《非法证据排除规定》中所要求初步证明;另一就是你当时为什么在笔录签字画押,为什么承认。签字画押总是有种“自作自受”的味道,这本身是一个程序性或者更确切的讲是一个手续性的活动,却起到了确定事实的作用。当然,对于询问笔录的形成的程序性保障,例如,配有对侦查机关获取证人证言的全程同步录音、录像等视听资料的支撑,有律师及其他中立见证人在场情况下制作的笔录,对刚发生案件的发生情况做现场调查时制作的当场印象的证言笔录,以及有实施监督职能的检察官在场的情况下由警察或侦查部门制作的笔录等更具有证明力。<sup>27</sup>这在《规定》之中对各种证据形式进行程序性审查多有提及。

<sup>26</sup> 李学灯:《证据法比较研究》,五南图书出版公司1992年版,第191页。

<sup>27</sup> 前引4,龙宗智书,第160页。

不过法官的这种事实确定还是有一定相对性的。通常为了防止纠缠、上诉,在基层法院对这种被告人所判刑期一般都比“正常”的要短或者量刑要轻,这种判决是以一种相对性的事实为依据,至少法官在判决时,心里并不是十分的实在。

## (二)靠证据说话与意见之争相结合

此外,必须注意的是,在法官向消极听审的角色转变以及当事人的取证手段匮乏和举证能力不佳等情形下,在中国刑事司法中的事实认定和非法证据排除等程序性裁判靠证据说话往往让位于意见之争。如果依约翰·密尔(John Stuart Mill)在《论自由》之中就思想和言论自由的说法,第一,真理往往掌握在少数人手中(以苏格拉底之死为例);第二,被压制的错误意见之中也可能含有部分真理而允许相反意见的冲突激荡;第三,真理越辩越明。<sup>28</sup>通过讨论,在真理与错误的冲突之中,或者以错误换真理或者对真理产生更清楚的认识和更生动的形象。“不是单靠经验。还必须讨论,以指明怎样解释经验。”<sup>29</sup>在4世纪蒙田写道:“除了言辞,没有别的东西能使我们成其为人,也没有其他方法使我们彼此联结制约。”纠纷可以因言而终,正如其可因言而起,言辞是律师和法官们的职业工具。<sup>30</sup>刑事司法中的事实认定可能还要辩论、说理和质证的配合。其实,我国《刑事诉讼法》中有多处条文就规定了“意见之争”的内容。这种意见来自多方主体,有通过回避制度来消除偏见、阻隔成见,有以陪审制和合议制来消化不同意见和形成多数意见保证判断的合理性,有以程序公开和程序自治来实现吸收公众不满或者屏蔽公众意见的双重功能,当然,最主要还是这两个方面的内容:一是控辩双方的对质辩论,既可以提供裁决的事实根据,也可以通过辩论形成辩论规范制约法官裁决规范;<sup>31</sup>二是法官的判决说理,既可以促进法官对自己的心证形成反复的反省和思量,也可以作为当事人申请上诉的理由(当然中国刑事诉讼上诉可以不附理由),或者作为上级法官的审级救济审查的对象,尤其是相互矛盾的意见不同的法官会有不同的取舍,即使没有违背经验法则和论理法则,也容许事实审下的上级法官有重新裁量的机会。<sup>32</sup>《规定》中也设有庭前意见的条款:(1)对未出庭作证证人的书面证言,应当听取出庭检察人员、被告人及其辩护人的意见,并结合其他证据综合判断(第15条第3款前半段);(2)人民检察院、辩护人补充的和法庭庭外调查核实取得的证据,法庭可以庭外征询出庭检察人员、辩护人的意见。双方意见不一致,有一方要求人民法院开庭进行调查的,人民法院应当开庭(第38条)。

## 四、结语:两种证据规则的反思

在当下的司法改革中,学者普遍认为我们的司法制度改革只是在机制的圈内打转而正面临着司法体制的瓶颈,然而,笔者以为,我国司法改革不管是哪个层面上的问题最终都可以集中于组织法和程序法两个层面。<sup>33</sup>一个突出的例证,就是英美证据法是“陪审制之子”还是“对抗制之子”,前者属于组织问题,后者属于程序问题。《规定》所确立的印证规范,在本质上是一种证明力规范,在组织法上突出地体现为一种立法至上,<sup>34</sup>以立法制约司法的作用;在程序法上突出地体现印证规范依托于一种以侦

<sup>28</sup> [英]坎尼编:《最有价值的阅读:西方视野中的经典》,徐进夫、宋碧云、匡晓林译,天津教育出版社2006年版,第232页。

<sup>29</sup> [英]约翰·密尔:《论自由》,许宝骙译,商务印书馆1959年版,第51页。

<sup>30</sup> [美]威廉·L·德威尔:《美国的陪审团》,王凯译,华夏出版社2009年版,第22页。

<sup>31</sup> [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》之“意思自治的审判程序”,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版。

<sup>32</sup> 参见王兆鹏:《刑事救济程序的新思维》,元照出版公司2010年版,第7-12页。

<sup>33</sup> 笔者萌生以此两种规范作为司法制度的分析工具的想法,最初源于林钰雄:《检察官论》,台湾新学林出版股份有限公司1999年初版;又参见陈卫东、陆而启:《检察官的角色——从组织法和诉讼法角度分析》,《法学论坛》2005年第4期;陆而启:《法官角色论》,法律出版社2009年版。

<sup>34</sup> 需要说明的是,《规定》虽然只是一个五部门联合出台的司法解释,在我国这种司法解释明显地具有抽象性、规范性的立法意味。

查为中心、以口供为中心的案卷确认程序,印证规范在实际运行中最大的讽刺就是,事实裁决者对证明力规范的“避轻就重”只注重表面上的前后一致和相互吻合而导致僵化教条的思维,同时对证据能力规范“避实就虚”而采取过于灵活的取证手段,意图限制事实裁决者的权力,却适得其反地放纵了事实裁决者的恣意。因此,我们并不排除自由评价证据的主流色彩,也应该看到证明力规则更多的是以证据能力规范为前提或者转化为证据能力规范,证明力规范是自由证明的例外和补充。进而言之,不管是证明力规范还是证据能力规范都建立在程序主体的真正独立和程序过程的理性公正基础之上。

### (一)两类规范划分的相对化

从极化的角度而言,陈瑞华指出,有关证据问题的研究分化为两个不同的方向,一是有关“发现事实真相”的“证据学”,二是有关“限制和规范发现事实真相的活动”的“证据法学”。刑事证据法体系由两种证据规则组成:一是有关证据法律资格的规则;二是有关司法证明的规则。<sup>35</sup> 其实,证据制度大略包含静态的证据和动态的证明,而这种静态和动态之间主要是以证据规则的设定和运行来衔接的。当然,如果从证据属性角度而言,“证据学”关注证据证明力,侧重于真相价值的追求,而“证据法学”关注证据的证据能力,更侧重于程序正义和人权保障,前者体现出一定的亲-日常性,后者体现出一定的亲-规范性。陈瑞华采用“花开两朵,独表一枝”的态度,抛开主要体现为侦查手段和认识论色彩的“证据学”,单独讨论主要体现为审判规范和程序正义特色的“证据法学”,其实所谓“证据学”的查证手段,如果不能最终运用为法庭证据,往往会使得所有的侦查努力前功尽弃,可以说这两者都可能表现为证据规则,因此,证据规则大略有证据能力规则和证明力规则两种。证明力规则和证据能力规则之间又是关联的。从证据能力而言,事实认定不是不择手段,不分好歹,而要“去粗取精,去伪存真”,集中体现了筛选把关证据信息的排除特征。从证明力而言,事实认定不是随心所欲,而要接受排除规则的限制和法官指示的控制,体现出对证据价值评价的控制色彩。然而,不管是“证据学”还是“证据法学”都跟真相有关,虽然对真相的发现并不一定必须依据证据规则,但是证据规则并不是与发现真相功能格格不入,关于证据的“可靠性”就是一种真相发现的问题,当然,这种证据证明力的内容披上了表现为证据能力的排除规则的外衣。陈瑞华也承认,传闻证据规则具有防止不可靠证据功能,甚至非法证据排除规则和口供自愿性规则等纯属证据能力问题的规则也具有这种功能。根据达马斯卡的分析,就证据排除规则而言,外部排除规则,主要不是体现证据本身揭示真相的价值上,而集中于取证方法的争议上,为两大法系所共有,如证人特免权规则、非法获取的证据排除规则;而内部排除规则,主要体现在内容争议上,要在一个证据材料揭示真相与制造偏见的成分何者占优上作出取舍,为英美法系所特有。两大法系祛除证据偏见的意识是一致的,但是,大陆法系在证据思维上着眼于证明价值的有无而英美法系着眼于证明价值的多少;在机制设置上恰恰相反,前者出于政策原因对事实认定进行间接限制,或者由事实认定者心证判断证明力多少,而后者则通过排除规则去除证据将其证明力归零。这些机制主要有,最低证明力规则,因关联关系小或证明力小而排除某一证据的采纳的规则;传闻证据排除规则,基于证据的证明力会被过高评价或其损害性超出其证明价值而排除的规则;品格证据、附带恶行的证据或者某人以往生活中相似信息的证据。总体而言,这里规范证明力内容的证据规则是英美法的一个特色,但是这种证据规范其实是把证明力的问题转为证据能力规范。

从一种关联的角度而言,有关证据资格的规范问题也可以通过证明力来解释,证据能力规则其实是在证明力有无之间选择。同样,证明力大小的评价则只有在证据通过证据能力考虑的闸门才可进行。因此,基于英美法系审判前和审判的二元程序结构和法官与陪审团的二元审判组织在证据规则的设定和运行上的映射,可以这样说,英美法系整个的证据规则的运行是一个从证明力有无(审判的始端)到证明力大小考量(审判的终端)的一个过程,典型例证如达马斯卡所分析的二元法庭结构对证据相关性概念的冲击。相关性的概念表达着信息内容与待证命题之间的逻辑相关和经验相关,即是否有证明潜力,只依赖于信息的认知可能性;至于关联程度可能是一个“仁者见仁,智者见智”的心证问题,

<sup>35</sup> 陈瑞华:《从“证据学”走向“证据法学”——兼论刑事证据法的体系和功能》,《法商研究》2006年第3期。



即证明力大小,还依赖于信息传递者的可靠性。传统的英美审判法庭,信息的证明潜力由法官预先裁决,各孤立信息与争议事实的推理锁链得到律师的重视;证据载体的可靠性由专属陪审团决定,更突出了法官站在事实认定堡垒的大门口以证据规则调整证据价值的预防效果。这其实与相关性在证明过程中的两阶段特征相对应,一是证明过程始端的个别证据相关性属于法官责任,考察证据证明价值的有无,成为法律规制的证据能力问题;二是证明过程终端的整体证据相关性,属于陪审团责任,考察证据载体及其证据信息对实质性问题的证明程度的大小,成为无法言说的证明力判断的问题。比较而言,我国也如同大陆法系,体现为一元法庭结构的事实认定者,由于不存在对相应证据材料的筛选过程,会综合考虑信息的证明潜力及其载体的可靠性。

从一种转化的角度而言,英美法系所特有的内部排除证据规则,虽然可以归结为证明力有无的法律问题,其本质上仍然是规范以证明力为内容的一种证据能力规则。我国学者还分析指出存在着一种与此不同的路径,就是将证据能力规则转化为证明力减等规则的问题。他认为,当下我国刑事司法实践中逐渐形成的处理证据能力问题的潜规则,没有采取排除非法证据的做法,而是将其证明力减等,甚至通过从轻量刑来解决敏感的证据能力问题。由此,证据能力问题转化为证明力问题甚至量刑问题。<sup>36</sup>这两种不同的路径,更明确地说,前者是将证明力问题转化为证据能力规范,而后者是将证据能力问题,甚至还是取证手段方面的争议转化为证明力规范。当然,这在一定程度上反映了我国程序正义的价值让位于真相发现的要求。

## (二)证明力评价的相对化

进一步而言,不管是那个国家都存在证据证明力评价问题,证据思维上的差异又突出体现为两种证据制度模式——据法评价和自由裁量。达马斯卡认为,与大陆法系采自由心证制度相比,英美法系证据评价是不自由的。《规定》中的印证规范体现出了一种对证明力判断和案件事实认定从自由裁量模式向据法评价的转变,这与我国学者一贯所持的观点有点背道而驰。当然,这还需要具体讨论。

这里有必要回顾一下“印证规范”具体存在方式,主要体现在单个证据的审查、证据可采性判断以及全案处理等方面。其中单个证据审查和全案处理明显的是一种证明力的规则,而在单个证据可采性判断上主要体现出了一种把证明力问题转化为证据能力问题。不过,这种转化过程因为没有侦诉审的程序阻隔机制和审判组织的二元分化结构,甚至这种判断本身就是庭审法官的一项职责,那么其证据排除的效果则可能会形同虚设。

前已述及,印证规范所针对的内容更多的是一种一致和矛盾以及二者相互交织的错综复杂的情形。然而,如何解决处理证据内容的前后矛盾和如何看待证据内容的前后一致,笔者提倡一种在遵循程序正义的前提下回归自然理性的判断方式。(1)综合认证。法官并不能说明具体采纳了哪一份证据,只是对多个同类的证据进行综合归纳而得出的一个比较可信的结论,这种认证要加重判决说理。(2)选择取舍。法官对都具有合法性而相互矛盾的多个证据,根据自己的判断而做出肯定一部分和否定另一部分的某种倾向性的选择,这种选择允许不同的合议庭和上下审级的不同法官认知上存在差异。之所以以遵循程序正义的前提,重申一下,相互印证的证据不存在所谓“毒树之果”、“顺藤摸瓜”之类的相互关联和相互影响,也不存在侦查取证人员从外部向被取证对象进行一种印证输入,这甚至使我们得出结论,证据内容前后一致的印证恰恰不可靠(注意这里并没有用不可采、不能定案这样的表述)。这种回归自然理性的方式其实就是一种自由裁量。这句话最能传达出法官自由心证的范围的分量,“任何证据,包括传闻证据,在原则上都是可以接受的,至于其证据力如何,则完全是由法官决定的事情。”<sup>37</sup>

最受达马斯卡批评的,是英美证据规则中的技术性特征过分强烈了,以至于通常生活中不会运用这些规则,甚至不会理解或想到这些规则。典型的例子是传闻证据,在日常生活中,传闻证据大行其

<sup>36</sup> 李训虎:《证明力规则检讨》,《法学研究》2010年第2期。

<sup>37</sup> [德]罗伯特·霍恩等:《德国国民商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第48页。

道,畅通无阻,不会人为地将它们排除出去。同样的证据,到了诉讼领域,就要受到法律规则的制约和排除;明明可以据此形成内心确信,作出恰当的判断,但偏偏法律就不允许。这是证据规则自身难以克服的一个内在缺陷,证据规则中的主流都属于这种类型。这种人为的证据规则背离了生活常识,因此受到了部分证据法学者的垢病。边沁认为,普通法上的证据规则是由那些具有邪恶用心的人创造出来的,这些人标榜所谓“法律共同体”,共同维护这些证据规则,其罪恶的目的是为了谋取私人的、邪恶的利益;因为这些规则越复杂,别人也就越不能涉足于这个特殊的领域,这些创造规则的人便可以达到其垄断法律服务业务的目的了。<sup>38</sup>当然,笔者并不认为,证明力完全是科学的事情,证据能力才是法学的事情。随着科技的迅猛发展,科学意见的证明力判断甚至还可以转化为科学证据是否可采的问题。<sup>39</sup>如果所谓专家提供的科学意见最终不能在法庭上,或者通过回归常识和经验,或者依据特定标准来裁量其可靠程度,或者以法律来设定专家资格而转化为证据使用,则所谓的科学取证活动往往是在做“无功”。

因此,我们要把证明力规范转化为证据能力规范或者以证据能力规范作为证明力判断的前提。甚至体现印证要求的证明力规范也有存在的必要。例如,“英美法系国家通行的补强证据规则,即对言词证据必须有其他证据补充说明其证明力的一项证据制度,便是对证据相互印证最有力的肯定和强调。”<sup>40</sup>口供自愿性是一种证据能力问题,而口供补强规则是证明力规则,这两项规则体现了自白真实性的不同侧面。口供补强体现的印证规范改变了“口供中心主义”下以口供作为最佳印证资源的司法传统,而强调通过其他证据来印证口供,如果说禁止非法取证以保证被告人自愿陈述为自白的真实性提供了第一道担保的话,那么,以其他证据来补强自白的规则无疑为自白的真实性提供了第二道担保。日本学者也指出,“自白补强根据应当在于防止裁判官因过分信任口供而作出错误的判决。”<sup>41</sup>这里重申一下,证据制度的设定及其实效往往是受程序制度制约的。从纵向构造而言,尽管两大法系的诉讼程序有一定程度的融合趋势,但是,概略而言,在审前准备-审判-上诉复审这三个程序结构关系上,英美实行集中制审判(狭义);大陆实行分段式审判(广义)。与片段型诉讼程序(分段审判式)相比,集中型诉讼程序(即日审判式)需要限制证据总量,排除传闻证据,对延迟提交的证据予以排除,偏爱口头证据胜过书面证据,并形成了一套复杂的关于口头证据的规则。从横向构造而言,对抗式诉讼制度以及由此产生的当事人对诉讼活动的强有力影响与事实认定制度关系密切。首先,当事人对程序活动的控制,特别是对收集证据和进行证明的控制,造成了由当事人自我利益驱动的事实调查在很大程度上偏离了追求客观知识的理想调查模式。其次,当事人对诉讼事由的控制,对事实认定模式也产生了积极的影响,表明了英美司法制度对当事人控制事实认定模式的普遍依存与其解决纠纷这个独特程序目标有关。当下,我国职权主义刑事诉讼程序杂糅当事人主义因素而形成的庭审方式,事实裁决者相时而动,或者消极怠权展现出“对抗制下的消极仲裁者”面孔,或者积极干预展现出“职权主义下的司法调查官”<sup>42</sup>面孔,左右逢源,横竖有理。这就回到前面所谈到的印证规范的补救措施了。

此外,还必须注意到自由证明和严格证明因为证明对象不同而对证据资料和证明程序有不同的要求。证明程序分为自由证明程序和严格证明程序,证明程度分为自由证明程度和严格证明程度。严格证明法则包括严格证明程序与严格证明程度,严格证明程序之共通原则即为直接、言词、公开与集中主义,严格证明程序系由法定证据方法与法定调查程序所组成。以我国台湾地区“刑事诉讼法”所规定之审判程序观之,通常程序(直接、言词、公开、集中)属于严格证明程序,其余的简式程序(言词、公开、

<sup>38</sup> [美]麦考密克:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2003年版,译者序。

<sup>39</sup> 关于英美法上专家证言的可采性的三道门槛,参见易延友:《英美证据法上的专家证言制度及其面临的挑战》,《环球法律评论》2007年第4期。

<sup>40</sup> 李建明:《刑事证据相互印证的合理性与合理限度》,《法学研究》2005年第6期。

<sup>41</sup> [日]铃木茂嗣:《日本刑事诉讼法的特色及解释上的诸问题》,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、日本成文堂1997年版,第171页。

<sup>42</sup> 陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第366页。

集中)、简易程序(书面审理)与协商程序(书面审查)皆适用自由证明程序,直接原始乃严格证明程序之核心内涵。<sup>43</sup>由此可见,自由证明程序虽然排斥传闻规则且容许非直接审理方式,但并非完全毫无规矩可言。关于证明程度,严格证明程度乃谓待证事实(即对被告有罪之认定)之证明力评价,需达毫无合理怀疑之确信,不论是采行简易、协商、简式还是通常审判程序;而自由证明程度要求对待证事实之证明力评价达合理怀疑即可。而不管是何种证明程度都是属于自由心证的范畴,要说其限制,那就是建立在适当的诉讼程序之上。我国学者也指出自由证明在证据采纳和证据调查方面会受到一些限制,如,在证据采纳方面,自由证明要求证据至少要具备相当的关联性;传闻证据的采纳必须保障其来源可靠;自由证明对于非法证据的排除较为宽松;在自由证明中并不要求最佳证据,但在证明力层次上要对非最佳证据进行限制。在证据调查方面,自由证明过程中必须保障当事人的知情权和异议权,并且裁判者必须遵守心证公开制度,防止其心证过程不遵循经验法则和逻辑法则。<sup>44</sup>这里还有日本和我国台湾地区刑事诉讼模式的当事人转向,自由证明需要反映程序正义的要求而保障当事人的知情权、异议权以及经过适当的调查程序。

(收稿:2011-06-08;修回:2011-08-15)

(责任编辑:李训虎)

<sup>43</sup> 李知远:《例解刑事诉讼法》,五南图书出版公司2006年版,第353页、第355-356页。

<sup>44</sup> 纵博、郝爱军:《论自由证明的限度》,《中国刑事法杂志》2010年11期。